

Acórdão: 16.453/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114933-64
Impugnante: Fefa Transporte Ltda
Coobrigado: Frederico de Souza e Lima Leone
Proc. S. Passivo: Daniel Moreira do Patrocínio
PTA/AI: 01.000148727-04
C.N.P.J.: 046.28081/0001-20
Origem: DF/BH-1

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – DOCUMENTAÇÃO EXTRAFISCAL - Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas através de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento. Caracterizado nos autos que a atividade exercida no estabelecimento autuado não se limitava a uma prestação de serviço de transporte (“redespacho”), tratando-se sim de operações de compra e venda de mercadorias. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

“Constatou-se mediante documentos extrafiscais (movimentação financeira) apreendidos por meio do TAD nº 001296 de 06/05/2003, no estabelecimento situado à Rua Olavo de Andrade, 353, Bairro Cachoeirinha, que o sujeito passivo acima indicado, no período de 02/04/2002 a 02/05/2003, deixou de recolher o ICMS, no valor original de R\$ 2.759.441,08, visto que promoveu saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, no montante de R\$ 11.037.764,35”.

“Incluído como coobrigado Frederico de Souza e Lima Leone, sócio da empresa até 30/11/2002, CPF 969.230.326-87, em consonância com o disposto no artigo 21, parágrafo único, item 2, da Lei nº 6763/75”

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.150/1.166.

Aduz que prestava serviços de transporte municipal, em favor de empresas distribuidoras de bebidas situadas no Estado do Rio de Janeiro, realizando a entrega das mercadorias aos destinatários situados no território da capital mineira.

Diz que o que pretende a fiscalização é imputar à Impugnante, uma simples transportadora de mercadorias, a responsabilidade pelo pagamento do ICMS incidente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre as operações de compra e venda realizadas por seus clientes, distribuidoras de bebidas situadas no Estado do Rio de Janeiro.

Discorre a respeito “Da Atividade Exercida Pela Impugnante”, afirmando que os pedidos eram colhidos por dezenas de representantes comerciais, posteriormente repassados para as distribuidoras situadas no Estado do Rio de Janeiro, faturados e as mercadorias remetidas para o galpão da Impugnante, a qual realizava o redespacho em veículos menores para a realização das entregas. Para tal, elabora gráfico explicativo à fl. 1.153 e descreve todo o modo de operação à fl. 1.154.

Sustenta que todas as afirmações acima estão devidamente amparadas pela documentação que anexa, quais sejam cópias de notas fiscais por amostragem emitidas pelas distribuidoras “Alfa” e “FSL”, situadas no Estado do Rio de Janeiro, constando a afirmação de que o redespacho seria realizado no galpão da ora Impugnante (“campo informações complementares”).

Destaca que nas referidas notas fiscais há o destaque do ICMS devido e que não há disposição legal que impeça uma empresa de realizar operações de compra e venda interestaduais sem possuir um estabelecimento no Estado de destino. Salienta que assim o fato gerador ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, local onde saíram as mercadorias.

Argumenta que, para a execução do serviço que prestava em favor de suas clientes (“Alfa” e “FSL”), eram emitidas mensalmente as notas fiscais de serviço de transporte de carga e que os representantes comerciais, por sua vez, emitiam notas fiscais para a remuneração de seus serviços.

Menciona que a autuação foi lavrada apenas com base em documentos que se encontravam no estabelecimento da ora Impugnante, assinados por um de seus representantes legais, contendo o timbre das distribuidoras situadas no Estado do Rio de Janeiro (“ALFA” e “FSL”). E que estes documentos denominados “Movimentação Financeira” eram emitidos no final da tarde do dia relativo às entregas ou na manhã do dia seguinte, havendo menção às mercadorias entregues, formas de pagamento (cheque ou boleto), o valor, o vencimento, etc...

Ressalta que o fato de o representante legal da Impugnante ter assinado os relatórios de “Movimentação Financeira”, com o timbre das distribuidoras situadas no Rio de Janeiro, não conduz à conclusão de que as operações de compra e venda teriam sido realizadas no Estado de Minas Gerais, vez que a função dos referidos relatórios era exclusivamente a de prestar contas às distribuidoras fluminenses, relativamente às mercadorias entregues e também às formas de pagamento (cheques, títulos de crédito ou boletos).

Destaca que quando os pagamentos eram efetuados em cheque, apenas e tão somente providenciava o depósito dos mesmos na conta corrente das distribuidoras existente no Banco Bradesco, a mesma conta corrente noticiada pela fiscalização no relatório fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assevera que a única função dos relatórios de “Movimentação Financeira” era a de prestar contas às distribuidoras fluminenses, mediante envio de cópia relativa às mercadorias entregues no dia e formas de pagamento.

Discorre a respeito de “Outros Documentos Apreendidos Pela Fiscalização” (fls.1.159/1.161) e argumenta que tais documentos apreendidos (duplicata da Distribuidora Alfa, recibo, boletos bancários em branco, etc.), mencionando praça de pagamento em Belo Horizonte, não provam que a operação tenha sido efetuada pela Impugnante.

Diz que por ter funcionado anteriormente no mesmo endereço uma empresa distribuidora de bebidas, a “IMP Bebidas e Copos Ltda”, pretende a fiscalização demonstrar que a atividade exercida pela Autuada era a mesma anteriormente realizada pela mencionada empresa.

Salienta que, com relação ao Livro Registro de Empregados da Impugnante, este documento é inservível para amparar as alegações da fiscalização, uma vez que se afigura perfeitamente adequado que uma transportadora que realiza diariamente o redespacho de grande número de caixas de bebidas tenha pelo menos 10 (dez) pessoas encarregadas de carregar e descarregar os caminhões. No tocante às “três vendedoras internas”, considera normal que qualquer empresa, mesmo uma que preste serviços de transporte, possua vendedoras, isto é, “vendedoras de serviço”.

Discorre sobre o “Aspecto Espacial Do Fato Gerador”, reportando-se ao art. 11, inc. I, al. “a”, da LC nº 87/96, art. 6º, inc. VI e art. 7º, inc. VIII, da Lei nº 6763/75, e art. 2º, inc. VI e 5º, inc. IX, do RICMS/02.

Conclui que as mercadorias saíram e foram faturadas no Estado do Rio de Janeiro, que em Minas Gerais era realizado apenas o redespacho das mercadorias e que não há incidência do ICMS nas operações em questão.

Requer cópia de inteiro teor do PTA nº 02.000201288-66, lavrado contra FSL Distribuidora e solicita o cancelamento do presente Auto de Infração.

Pede que seja deduzido do suposto débito o montante correspondente ao crédito de ICMS de 12% (doze por cento), com fundamento em decisões proferidas nos Acórdãos 859/00/4ª e 15.510/02/3ª.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 1.454/1.459, refuta as alegações da defesa.

Inicialmente, ressalta que no Auto de Infração (fl. 04) está arrolado como Coobrigado “Frederico de Lima e Silva Leone”, sócio da empresa até 30/11/2002, mas devidamente intimado (fls. 1146 do PTA), o mesmo não apresentou impugnação.

Esclarece que o presente trabalho fiscal foi feito a partir da documentação apreendida através do TAD nº 001266 no dia 03/04/03 e TAD nº. 001296, de 06/05/03 (fls. 02/03), no endereço da Autuada. Afirma que os demonstrativos de “Movimentação Financeira” (fls. 83/1143) que serviram de base para o levantamento fiscal relacionam

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o nº. dos pedidos, clientes e os valores das vendas efetuadas no período de 02/04/2002 a 02/05/2003. Salienta que na maioria dos formulários aparece o logotipo “Império das Bebidas”, devidamente assinados pelo Sr. Frederico.

Informa que a “Fefa Transporte”, é uma das diversas empresas constituídas nos últimos anos pelo intitulado “Grupo Império das Bebidas” e que a análise da documentação apreendida trouxe também fartos elementos que evidenciam que cada uma dessas empresas constituídas pelo “Grupo Império das Bebidas” é, na realidade, parte de uma estrutura única, que tem à frente o Sr. “Frederico de Lima e Silva Leone”, CPF nº 969.230.326-87.

Menciona que, conforme já citado no Relatório à fl. 09 do PTA, no item 3, o sócio Sr. “Frederico de Lima e Silva Leone” transferiu a sua parte na sociedade da empresa para sua funcionária Sra. “Silvana Andréa Brum”, em 01/12/2002, e continuou na empresa com o cargo de Gerente Administrativo, de acordo com cópia do livro Registro de Empregado da FEFA, às fls. 67 e 81 do PTA e da 1ª Alteração Contratual, às fls. 1449 do PTA. E que o grupo é sediado em Belo Horizonte, com vendas em todo o Estado de Minas Gerais, além de vendas e ramificações em outras unidades da federação, sendo hoje um dos maiores atacadistas de bebidas do Estado.

Informa ainda que no endereço da Autuada, Rua Olavo Andrade, 353, no Bairro Cachoeirinha, Belo Horizonte, esteve estabelecida até março de 2002 a empresa “Imp. Bebidas e Copos Ltda”, alterada a Razão Social para “Comercial Vinheiro Ltda”, inscrição estadual nº 062.024169.00-04, empresa dedicada ao comércio atacadista de bebidas. O Sr. Frederico foi um de seus sócios no período de maio de 2000 a fevereiro de 2001.

Diz que as atividades da “Comercial Vinheiro Ltda” foram encerradas pelo grupo em janeiro de 2002 e estabelecida no mesmo local a “Fefa Transportes Ltda”, que funcionou no local, sem inscrição estadual, apesar da promoção de operações de circulação de mercadorias tributadas pelo ICMS, desde sua constituição.

Destaca cópias de algumas das autuações efetuadas na empresa (fls. 33/44), Documento de Arrecadação - DAF nº 04.259890-84 e NFA nº 619484, de 27/03/2003, sendo esta assinada pelo Sr. “Frederico” e o Auto de Infração nº 02.000203724.81, de 29/07/2002, Acórdão 16.032/03/1ª, que comprova que a empresa praticava atividade de venda de mercadorias, sujeita à tributação estadual.

Assevera que paralelamente o “Grupo Império das Bebidas” constituiu no Estado do Rio de Janeiro, na cidade de Três Rios, divisa com Minas Gerais, a empresa “F.S.L. Distribuidora Ltda”, CNPJ nº 04.350.668/0001-10, que, após um período de funcionamento, teve suas atividades encerradas, constituída em seu lugar a empresa “Distribuidora Alfa de Três Rios Ltda, CNPJ nº 04.943.000/0001-86, que teve também suas atividades encerradas posteriormente.

Argumenta que na realidade, porém, toda a estrutura do grupo (de compras, vendas, cobrança, administração, telemarketing, emissão de boletas bancárias, etc...), continuava instalada no endereço da Rua Olavo Andrade, 353, ou seja, mesmo após o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

encerramento das atividades da “Imp. Bebidas e Copos Ltda”, continuou funcionando no endereço da Rua Olavo de Andrade, 353, uma distribuidora de bebidas, só que sob a fachada de uma transportadora, que não tinha, sequer, inscrição estadual.

Enumera (fls. 1.457/1.458) os documentos apreendidos nos dias 03/04/03 e 06/05/03 que evidenciam que todas as empresas constituídas fazem parte, na realidade, de uma estrutura única, montada para distribuição de bebidas nesta e em outras unidades da federação, e que mostram que o responsável máximo pela organização é o Sr. “Frederico de Lima e Silva Leone”.

Conclui que a análise dos documentos apreendidos trouxe elementos que confirmam que toda a administração das atividades de comércio atacadista de bebidas do “Grupo Império das Bebidas” era realizada, de fato, na Rua Olavo Andrade, 353.

Em relação à solicitação da cópia de inteiro teor do PTA nº 02.000201288-66, lavrado contra a “FSL Distribuidora Ltda”, embora entendermos não ser necessária a apresentação do mesmo, pois foi entregue à Autuada uma via pelo fiscal autuante, segue cópia do Auto de Infração. Esclarece que a autuação ocorreu em 18/08/2001, período anterior ao levantado por esta Fiscalização, não servindo o mesmo para elidir o presente feito, diante de todas as provas apresentadas.

No tocante aos créditos de 12% requeridos pela Impugnante, entende que não há como considerá-los no presente levantamento, pois os documentos não estão registrados nos livros fiscais e a empresa sequer estava inscrita no Estado de Minas Gerais. E que os Acórdãos nºs 859/00/4ª e 15.510/02/3ª citados pela Impugnante não mantêm qualquer relação com a matéria em foco.

Anexa documentos de fls. 1.460/1.464.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal exara o Despacho Interlocutório de fl. 1.466, no sentido de abrir vista à Impugnante, em razão da juntada de documentos pelo Fisco às fls. 1.460/1.465.

A Contribuinte se manifesta à fl. 1.469, afirmando que o documento de fls. 1.462/1.464 comprova ter havido circulação de mercadorias saídas do Estado do Rio de Janeiro e destinadas ao Estado de Minas Gerais, a fim de que o redespacho fosse realizado no estabelecimento da Impugnante.

O Fisco comparece às fls. 1.472/1.473, afirmando que a farta documentação já anexada ao presente PTA é prova suficiente para se comprovar o ilícito.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1475/1482, opina pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 1º de agosto de 2005, presidida pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

formulado pelo Conselheiro Presidente citado, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 10/08/2005.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros Mauro Rogério Martins (Relator), Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara que julgavam procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Daniel Moreira do Patrocínio e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram, na sua maioria, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações.

Imputadas saídas de mercadorias, no período de 02/04/2002 a 02/05/2003, desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante análise de documentos extrafiscais apreendidos no estabelecimento autuado por meio dos TAD n°s 001266, de 03/04/2003, e n° 001296, de 06/05/2003.

Nesse sentido, foram exigidos o ICMS, multa de revalidação e penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso II, da Lei n° 6763/75, “*por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacoberta de documento fiscal – 40% ...*”.

Os valores, “pedidos”, datas de emissão, valores “faturados”, valores de ICMS encontram-se demonstrados conforme planilhas de fls. 11/17. Os documentos apreendidos no estabelecimento denominados “Movimentação Financeira” utilizados para apuração da base de cálculo encontram-se anexados aos autos às fls. 83/1.143.

Em relação à apreensão (TAD n°s 001266 – fl. 02 e 001296 – fl. 03), o procedimento do Fisco encontra-se respaldado pelos artigos 190 e 201, inciso II, do RICMS/02:

“Art. 190 - As pessoas sujeitas à fiscalização exibirão às autoridades fiscais, sempre que exigido, as mercadorias, os livros fiscais e comerciais e todos os documentos, papéis, meios magnéticos, em uso ou já arquivados, que forem necessários à fiscalização, lhes franquearão seus estabelecimentos, depósitos, dependências, arquivos, veículos e móveis, a qualquer hora do dia ou da noite, se à noite estiverem funcionando.

Art. 201 - Serão apreendidos:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - os documentos, os objetos, os papéis, os livros fiscais e os meios magnéticos, quando constituam prova ou indício de infração à legislação tributária” (grifos nossos)

O cerne da questão consiste no seguinte: as operações, objeto dos autos, se caracterizam como compra e venda de mercadorias, como colocado pelo Fisco, ou se enquadram no conceito de “redespacho” (prestação de serviço de transporte), como pretende a Contribuinte.

Constam dos referidos documentos apreendidos, a titulação “Movimentação Financeira” e referências aos clientes, pedidos, documentos, condições de pagamento (cheque, boleto, “assinado”), valor faturado, valor pago e vencimento.

Conforme se depreende da própria manifestação da Impugnante e também dos documentos apreendidos em seu estabelecimento, a atividade ali exercida ia muito além de um simples “redespacho”, tratando-se **efetivamente de operações mercantis de compra/venda de mercadorias**, ou seja, a atividade exercida no estabelecimento autuado não se limitava a um simples “redespacho” e sim ao recebimento de valores e ao processamento de depósitos bancários, dentre outros.

Diversos aspectos presentes nos autos contrariam a tese de defesa apresentada.

Como bem apontado pelo Fisco, diversos elementos autorizam concluir que a Impugnante praticava sim, sob sua responsabilidade, operações de circulação de mercadorias, retratadas através da movimentação financeira apreendida, sem a emissão dos competentes documentos fiscais.

Neste sentido destacamos:

Pedidos de compras de fls. 50 a 52, emitidos respectivamente em 13/03/2003, 03/04/2003 e 25/04/2003, que identificam em seu cabeçalho, ao mesmo tempo, a empresa IMPERIO DAS BEBIDAS E COPOS, que de acordo com o Fisco, foi a antecessora da Autuada; nos mesmos documentos consta ainda a identificação da DISTRIBUIDORA ALFA DE TRES RIOS LTDA, que de acordo com a defesa, seria uma das vendedoras localizadas no Rio de Janeiro. E ainda nos documentos em questão, consta de forma clara, o endereço e telefone da Autuada em Belo Horizonte, figurando a informação, de que as vendas se deram por Telemarketing.

Também o pedido de fls. 53, com data de 24/05/2002, traz elementos que vinculam diretamente a Autuada como responsável pelas vendas realizadas, sendo que neste consta no cabeçalho o telefone da Impugnante, e a identificação das duas empresas do Rio de Janeiro, Distribuidora Alfa e FSL Distribuidora.

Outro documento a ser destacado, é o FAX de fls. 54, datado de 02/04/2003, e que traz o endereço da Impugnante, o nome da Distribuidora Alfa de Três Rios no Cabeçalho, figurando como origem IMPERIO DAS BEBIDAS e contato Frederico.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 43, temos uma duplicata, onde consta como emitente Distribuidora Alfa de Três Rios Ltda, a praça de pagamento Belo Horizonte e a assinatura da sócia da Autuada Sra. Silvana.

Considerando os elementos já citados, outros fatos para os quais a Impugnante tenta diminuir a importância, assumem sim um aspecto de relevância, no sentido de levar à conclusão de que as operações de circulação de mercadorias eram por ela realizadas em seu nome, como por exemplo, as 479 boletas bancárias em branco, encontradas em seu estabelecimento que identificam como cedente a empresa ALFA DE TRES RIOS e a conta 2930 no Banco Bradesco em Belo Horizonte.

Temos ainda, a manutenção pela Autuada, de 03 vendedoras internas, segundo a mesma para realização de vendas de serviços, quando em verdade, no período de janeiro de 2002 a outubro de 2003, conforme cópias do Livro Registro de Serviços Prestados (fls. 1314/1337), foi emitida em cada mês uma única nota fiscal de serviços, com exceção do mês de outubro de 2002, onde foram emitidas duas notas, sendo que em vários meses não há o registro de nenhuma nota fiscal.

Contudo, outros aspectos de extrema relevância, vêm se somar a estes já expostos, laborando ainda contra a tese da Impugnante.

Verifica-se pela documentação juntada pelo Fisco, que em 04 oportunidades, a Impugnante foi autuada por manter mercadorias em estoque desacobertas de documento fiscal (fls. 33/400, sendo que 03 dessas autuações foram através de Documento de Arrecadação Fiscal (DAF) devidamente quitados. Em uma dessas oportunidades, em 17/07/2002, através do Auto de Infração 02.000203724-81, foi inclusive aplicada a penalidade por falta de inscrição estadual.

Em sua Impugnação, a Autuada requisitou cópia do PTA 02.000201288-66, lavrado contra FSL DISTRIBUIDORA. O Fisco fez juntar cópia do Auto de Infração (fls. 1462/1464). Verifica-se, nesta autuação, que as notas fiscais que acobertavam o transporte, foram desclassificadas por consignarem destinatários mineiros com inscrição estadual bloqueada ou com numeração errada. Contudo, em nada socorre a Impugnante tal documentação, vez que no processo aqui em julgamento, a acusação fiscal é de saída desacoberta.

Também o pleito da Impugnante, para que se lhe conceda crédito de 12% não merece acolhida. O crédito do imposto, nos termos da Legislação, está condicionado dentre outros aspectos, à idoneidade do documento, o que pressupõem a existência de um documento fiscal válido destinado ao sujeito passivo, devidamente registrado, que comprove inclusive a regular origem e circulação das mercadorias, o que não acontece no caso presente.

Destaca-se que o estabelecimento autuado não se encontrava inscrito no cadastro de contribuintes do Estado de Minas Gerais.

Irrelevante ainda o fato das mercadorias terem efetivamente saído do Estado do Rio de Janeiro, fato não integralmente provado, uma vez caracterizado nos autos,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme já colocado acima, que o estabelecimento mineiro **não** se limitou apenas à prestação de serviços de transporte (redespacho) e sim realizou atividades inerentes à compra e venda de mercadorias, as quais consistem em fato gerador do ICMS, nos termos do artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 6763/75.

Eis ainda o disposto no artigo 110 da CLTA/MG:

“Art. 110 - Quando nos autos estiver comprovado procedimento do contribuinte que induza à conclusão de que houve saída de mercadoria ou prestação de serviço desacobertada de documento fiscal, e **o contrário não resultar do conjunto de provas, será essa irregularidade considerada como provada**” (grifos nossos).

Por fim, correta a eleição como sujeito passivo do Sr. Frederico de Souza e Lima Leone, tendo em vista que o mesmo figurava como sócio gerente até 30/11/02 e como gerente administrativo no período restante, conforme consta no Contrato Social, na 1ª Alteração Contratual (fls. 1.443/1.450) e no Livro Registro de Empregados (fl. 81). Conclui-se pelos referidos documentos que o Sr. Frederico de Souza e Lima Leone era o efetivo *sócio-gerente* da empresa em todo o período objeto das exigências.

Verifica-se que a responsabilidade tributária é tratada pelo art. 21 da Lei nº 6.763/75, cujo *caput* estabelece que todas as pessoas ali arroladas são "solidariamente" responsáveis pela obrigação tributária.

Assim, considerando que a solidariedade definida no citado artigo não é uma forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação, mas tão-somente uma maneira de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo, infere-se que o aludido Coobrigado tem sua responsabilidade abrandada pela "subsidiariedade" estabelecida pelo parágrafo único, item 2, do dispositivo legal, motivo pelo qual a responsabilidade deve ser entendida como "*solidariedade subsidiária*", onde o patrimônio do responsável somente é afetado depois (ou na falta/impossibilidade) do patrimônio do contribuinte. Tal entendimento consta do **Acórdão nº 16.086/03/3ª** deste CC/MG. Nesse sentido, correta a inclusão do mesmo no pólo passivo, conforme o disposto no art. 21, § único, item 2, da Lei nº 6763/75 (**efeitos de 01/11/96 a 06/08/03**):

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ único - Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

(...)

2) o diretor, o administrador ou o sócio-gerente, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, ou de que faz ou fez parte”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 01/08/05, nos termos da Portaria 04/2001, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Presidente) que o julgava improcedente

Sala das Sessões, 10/08/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator

CC/MG

Acórdão:	16.453/05/2 ^a	Rito: Ordinário
Impugnação:	40.010114933-64	
Impugnante:	Fefa Transporte Ltda	
Coobrigado:	Frederico de Souza e Lima Leone	
Proc. S. Passivo:	Daniel Moreira do Patrocínio	
PTA/AI:	01.000148727-04	
C.N.P.J.:	046.28081/0001-20	
Origem:	DF/BH-1	

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Versa o presente feito sobre a constatação de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais, tendo em vista o cotejo de documento extrafiscais denominados de “movimentação financeira”, apreendidos no estabelecimento da Autuada à Rua Olavo Andrade, nº 353, Bairro Cachoeirinha, Belo Horizonte/MG.

Exige-se ICMS, MR e MI.

A constatação, segundo o Relatório Fiscal, leva em consideração indícios lançados ali, tais como:

- uma autuação sofrida pela Autuada por falta de inscrição estadual, lançamento confirmado pelo CC/MG;
- outra autuações dando conta de estoques s/ documento fiscal;
- transferência de sociedade por parte do sócio Sr. Frederico que, após a sua efetivação, atuou como gerente administrativo;
- retrata a existência de outras empresas cujos sócios da Autuada também compunham a sociedade. São empresas em que a atividade retratada redundava no comércio e distribuição de bebidas.

Citam os fiscais ainda, alguns documentos apreendidos na Autuada dando conta de determinadas operações descritas em duplicatas cuja praça de pagamento é o da cidade de Belo Horizonte:

- Recibo em nome da distribuidora Alfa registrando que a praça de pagamento era Belo Horizonte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Boletos Bancários em branco;
- Consulta via internet salientando que a praça de pagamento era Belo Horizonte;
- Relação de empregados da Autuada consignando 10 estoquistas e 3 vendedores.

Com tudo isso, insiste-se, o Fisco sustenta saídas desacobertas.

“Data vênia”, não concordo com a certeza e liquidez do presente crédito tributário que, a meu sentir, não está calcado em elementos concretos de prova e sim em questões circunstanciais de cunho indiciário e ainda temperado por um elevado grau de imaginação. Não existe nada de concreto “permissa vênia”.

Em primeiro lugar, não se pode ignorar que a empresa Autuada, tal qual evidencia o seu contrato social, detém como atividade o transporte e armazenamento de carga.

Isso é um fato e não um indício.

Outro ponto a meu ver que afasta a tese fazendária está no fato de que uma autuação por falta de Inscrição Estadual por si só não é suficiente para consagrar a pecha de saídas desacobertas, pois, em primeiro lugar, não se tem aqui notícia dos elementos de acusação e defesa que caracterizaram aquela decisão naquele processo referido. Em segundo lugar, porque não existe, do ponto de vista jurídico, trânsito em julgado na esfera judicial referendando a tese fiscal adotada para o caso e trazido como prova emprestada.

O mesmo entendimento supra informado vale também para o argumento fiscal que usa os feitos de estoques desacobertos de notas fiscais para fazer crer que, também aqui, há prova de saídas desacobertas, até porque, uma empresa transportadora pode perfeitamente estocar mercadorias sem que isso legitime a conclusão de prática do fato gerador do ICMS como quer o Fisco, o que se diz “ad argumentandum tantum”.

Não se vê também qualquer consagração do fato gerador levando em consideração os sócios que compõem outras empresas que são do mesmo grupo econômico ao da Autuada. Isso não qualifica, insisto, a prática do fato gerador do ICMS. Em verdade, sempre existe uma insistência fiscal em sugerir a existência de simulação quando empresas de sócios familiares estão atreladas por contratos informais ou mesmo oficiais. Não se vislumbra esta simulação no caso vertente e sim questões econômicas propriamente ditas, já que todas as empresas referidas existem de fato e executam de fato também o mister lançado nos respectivos instrumentos contratuais. Em momento algum o Fisco coloca em cheque a atividade exercida pelas demais empresas noticiadas.

Com a devida “vênia”, não vejo estes casos como simulação e sim como uma estratégia lícita de cunho empresarial para a execução das atividades da empresa. Aliás, admitindo como verdade a tese fiscal no caso concreto, necessariamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

teríamos que admitir também que a carga tributária dos contribuintes envolvidos aumentaria também. Elisão não é simulação.

O fato das movimentações financeiras estarem assinadas pelo Sr. Frederico não referenda também a convicção de prática do fato gerador do ICMS em favor de Minas Gerais, pois, estes mesmos documentos sustentam também a existência de empresas no Rio de Janeiro remetendo bebidas para este Estado. Aliás, é perfeitamente admissível a tese de prestação de contas, utilizando estes mesmos documentos envolvendo a Autuada e as demais empresas

Como se observa, na autuação em comento existem mais elementos de criatividade e imaginação que uma liquidez e certeza propriamente dita.

De outro lado, e isto é fato também, as contas e os beneficiários dos pagamentos, a despeito da praça, eram e são as empresas do Rio de Janeiro e não a Autuada.

Ademais, insiste-se, para a definição do fato gerador no caso presente necessário elementos mais seguros e notórios, o que não se vê no presente voto vencido.

Quando se coteja o contrato social da Autuada, os beneficiários dos pagamentos, o aspecto econômico e até mesmo o valor do imposto cobrado em Minas Gerais percebe-se, neste caso que as saídas ocorreram mesmo lá do Rio de Janeiro. Isso também é razoável e não é, insisto, prática simulatória.

Vejam que não existe contestação nos autos de que os beneficiários dos pagamentos eram as empresas do Rio de Janeiro, como também não contesta o Fisco a menção contida nos documentos fiscais trazidos com a Impugnação dando conta do redespacho dos veículos oriundos do Rio de Janeiro para os veículos da Autuada. Não há contestação neste aspecto fático dos autos.

Finalmente, não pode o Fisco negar que uma transportadora também precisa vender o seu produto que é a prestação de serviço de transporte, tornando perfeitamente plausível a existência de vendedores na sua composição de empregados. Aliás, em momento algum o Fisco comprovou que estes vendedores vendessem “bebidas”.

Por tudo isso, vejo que os elementos indiciários trazidos ao feito pelo Fisco mostram-se duvidosos no sentido de consagrar o fato gerador do ICMS quando confrontados com os elementos fáticos e argumentos trazidos pelo contribuinte.

Assim, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 10/08/05.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**